

JULIANO BAGGIO GASPERIN

**A MULTA COMO MEIO DE COERÇÃO APLICÁVEL À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná, como requisito para a conclusão
do curso de bacharelado em Direito.**

**Orientador: Prof. Mestre Sérgio Cruz
Arenhart**

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANO BAGGIO GASPERIN

A MULTA COMO MEIO DE COERÇÃO APLICÁVEL À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Mestre Sérgio Cruz Arenhart - Presidente
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

_____ - Membro
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

_____ - Membro
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Curitiba, outubro de 2001.

Aos meus pais, com amor.
Aos meus amigos, pelo suporte e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Os mais sinceros agradecimentos ao meu orientador e amigo Sérgio Cruz Arenhart pela paciência, zelo e pela efetiva e verdadeira orientação.

À Leticia Küster Puppi pelo incentivo e por ter posto a minha disposição sua impecável biblioteca particular.

Aos colegas de estágio da Procuradoria da República no Paraná que ouviram as preocupações e inquietações.

Ao Ministério Público Federal que proporcionou um estágio, em sua verdadeira acepção, respeitando os deveres acadêmicos e contribuindo para a escolha da carreira a ser seguida por mim.

Por fim, à colega e amiga Debora Bonat pelo apoio e pensamento positivo nos momentos de aflição.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 EFETIVIDADE DO PROCESSO, TUTELA EXECUTIVA E TUTELA MANDAMENTAL	3
2.1 PERSPECTIVA INSTRUMENTAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	3
2.2 TUTELA EXECUTIVA LATO SENSU E TUTELA MANDAMENTAL.....	8
2.3 MEIOS SUB-ROGATÓRIOS DE EXECUÇÃO.....	11
3 A MULTA COMO TÉCNICA DA EXECUÇÃO INDIRETA PARA A TUTELA ESPECÍFICA DO ARTIGO 461 DO CPC	17
3.1 MEIOS COERCITIVOS DE EXECUÇÃO.....	17
3.2 TUTELA ESPECÍFICA DO ARTIGO 461 DO CPC	23
3.3 A MULTA COMO TÉCNICA DE COERÇÃO	27
4 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA MULTA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
4.1 A IMPOSIÇÃO DA MULTA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
4.2 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS.....	41
4.3 A POSSIBILIDADE DE IMPOR A MULTA AO AGENTE PÚBLICO	45
5 CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	52

RESUMO

A efetividade da tutela dos direitos é um problema que sempre acompanhou, quiçá sempre acompanhará, a doutrina processualística civil, tendo atravessado as fases sincrética, da autonomia e, finalmente, instrumental do processo. A crescente utilização da tutela mandamental, a qual estabelece uma ordem — um mandado — emanada do órgão jurisdicional, maximizou o problema da (in)efetividade da tutela dos direitos, à medida que, muitas vezes, necessita contar com a colaboração do destinatário para o cumprimento. Meios de coerção de ordem patrimonial ou pessoal foram desenvolvidos para pressionar o demandado a atender a ordem. A multa é um exemplo desses meios de coerção com o fim de se obter a tutela específica, atuando sobre o patrimônio do requerido. Os órgãos da Administração Pública têm colaborado diariamente para o agravamento dessa situação. O juiz pode lançar mão da multa como meio de coagir a Administração Pública a atender uma ordem judicial, efetivando-a praticamente. Situações decorrentes dessa aplicação devem ser problematizadas: (a) poderia o juiz aplicar a multa à pessoa física do agente público cuja vontade é imputada ao órgão componente da pessoa jurídica a que se destina o mandado, como forma de tornar mais efetiva a coerção? (b) a aplicação da multa pela justiça federal à Administração Pública do Estado-membro da Federação ou do Município violaria a autonomia dos entes federativos ou o próprio princípio constitucional da separação dos Poderes do Estado?

1 INTRODUÇÃO

A questão da efetividade dos provimentos jurisdicionais que tutelam direitos sempre foi e continua a ser um tema que desperta o interesse dos pesquisadores do direito, pois tem íntima relação com a própria razão de ser e existir deste. Tem despertado interesse especial entre os estudiosos do Direito Processual Civil.

Além desses, a questão da efetividade das decisões judiciais para tutela de direitos, interessa, também, aos pesquisadores de outros campos do direito como, por exemplo, os da Sociologia Jurídica e da própria Filosofia do Direito que agregam elementos indispensáveis à compreensão da dogmática jurídica, figurando como uma verdadeira demonstração da tão almejada interdisciplinarietà.

A busca pela sua efetividade é assunto que acompanha todo o desenvolvimento da teorização acerca do processo, desde a fase de confusão entre direito material e processo, perpassando pela fase em que adquire autonomia e aperfeiçoamento científico-técnico, até, finalmente, chegar à perspectiva contemporânea, que vê no processo um potente instrumento necessariamente afinado com o direito material, chamada de fase instrumental.

Pelas mesmas razões, avulta-se a necessidade de que a doutrina processual civil dirija seus esforços com o fim de proporcionar às decisões judiciais, que contém ordem dirigida a outrem, sua efetivação no campo prático, sob pena de mitigação da própria força da jurisdição.

Esse problema da falta de efetividade das ordens emanadas do órgão jurisdicional, além de estar presente na relação juízo-particulares, não poderia deixar de manifestar-se na relação do Poder Judiciário com a Administração Pública. Muitos são os fatores que propiciam este acontecimento, citando-se questões culturais, como o descaso no trato do espaço público, isentando-se o agente de qualquer responsabilidade; ou políticos, como a alegação da possível ingerência de um poder sobre outro, ou ainda, de um ente federativo sobre outro, ameaçando sua autonomia dentro da Federação.

A busca de soluções para dar fim ao problema da inefetividade dos provimentos que contém uma ordem é tarefa que já tem congregado um grande número de doutrinadores do Direito Processual Civil. Formas para a tutela dessa ordem têm sido insistentemente estudadas. Em específico, grande preocupação surge quando as ordens dirigem-se à Administração Pública, uma vez que esta seja, talvez, uma das principais fontes do problema causado pelo não atendimento das ordens proferidas pelo Judiciário.

A multa figura no ordenamento jurídico pátrio como um meio de pressionar psicologicamente o destinatário da ordem para que a atenda voluntariamente, mas não mais espontaneamente, por intermédio da imposição de um decréscimo patrimonial enquanto perdurar o seu descumprimento.

Eis a importância de se analisar a multa como instrumento de coerção aplicável em face da Administração Pública, a fim de dar efetividade às ordens jurisdicionais em que ela figura como destinatária.

A multa surgiu como uma alternativa na incessante busca pela efetividade das ordens judiciais frente os particulares. O trabalho monográfico pretende, justamente, analisar sua aplicabilidade em desfavor da Administração Pública, bem como, objetiva problematizar situações não raras que decorrem dessa aplicação. Dentre as situações a serem problematizadas, destacam-se: a possibilidade de se aplicar a multa à pessoa do agente público, como forma de torná-la um instrumento de coerção ainda mais efetivo; ou ainda, a abordagem das alegações acerca de possível ingerência de um poder do Estado sobre outro e de um ente federativo sobre outro, rompendo com a autonomia federativa, no momento em que se aplica a multa.

2 EFETIVIDADE DO PROCESSO, TUTELA EXECUTIVA E TUTELA MANDAMENTAL

2.1 PERSPECTIVA INSTRUMENTAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO

A superação da fase sincrética, de confusão do direito substancial com o processo, pela fase da autonomia trouxe significativos avanços no estudo científico do direito processual. Entretanto, este vigor científico, gerou um apego às formas e um verdadeiro culto ao processo com um fim em si mesmo, elevando-o a um patamar indissociado do direito material.

Diante desta sobreposição do processo em relação ao direito material, que pareceu causar um desligamento do processo com a própria realidade, surge um novo momento de reação, consubstanciado numa visão instrumental do processo¹. Uma perspectiva que permite reaproximar o processo com a realidade sócio-jurídica em que está inserido, possibilitando, além disso, a leitura do processo como um instrumento de realização e até transformação do direito.

Algumas modificações estão sendo incorporadas ao direito processual, para harmonizar a função instrumental do processo transformando-o em uma ferramenta efetiva para a resolução das novas demandas que surgem na sociedade. É o início da “busca por uma prestação jurisdicional mais realista, humana, funcional e eficiente”².

Num outro viés, observa-se que as mutações constitucionais, trazidas pela interpretação judicial mediante o processo, são uma outra face da instrumentalidade do processo ainda pouco abordada pelos processualistas. O direito processual tem grande afinidade com o conteúdo da Constituição, a ponto de ser subserviente na tarefa de assegurar a supremacia da lei fundamental. Sua relevância política revela-se, também,

¹ Sobre esse tema, cita-se a brilhante obra “A Instrumentalidade do Processo” do professor Cândido Rangel Dinamarco que serviu de base para o desenvolvimento deste capítulo.

² YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 57.

nas pressões sobre o legislador e sobre o próprio constituinte para que percebam a necessidade de alterar os textos do direito positivo³.

Não se quer, de maneira alguma, desprezar a sofisticação técnica, metodológica e outros resultados alcançados pela fase científica. O que se pretende é avaliar os institutos processuais, remodelando ou criando novos, caso seja necessário, a fim de proporcionar ao processo o cumprimento de sua vocação, ou seja, ser um instrumento para a realização dos direitos. “É a tendência ao ‘instrumentalismo’ que se denominaria ‘substancial’ em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal”⁴.

Visão esta que parece óbvia atualmente para os estudantes de direito, pois diz respeito a própria ontologia, razão de ser e existir do processo, mas que significou um verdadeiro salto no estudo do direito processual.

Na esteira do surgimento da perspectiva instrumental do processo, o tema da sua efetividade, como instrumento de tutela de direitos, ocupou extenso espaço na produção intelectual de grande parte da doutrina processual civil.

É tema que atinge a própria legitimidade do direito criado pelo Estado, pois do que adianta definir-se direitos do indivíduo sem que haja a mínima possibilidade de atuá-los. Assim, como diz ARENHART, “solução diversa desta (da efetivação dos direitos outorgados pelo ordenamento) acarretaria a consequência de que os direitos assegurados pela legislação estatal não passariam de mera garantia formal, retórica e existente apenas como simbolismo”⁵.

Segundo DINAMARCO⁶, a instrumentalidade do processo apresenta dois aspectos: um positivo e outro negativo. No aspecto negativo, invoca-se a instrumentalidade como um fator de contenção de posturas inadequadas, como o formalismo no modo de empregar a técnica processual que menospreza a advertência

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 21.

⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 29.

⁶ DINAMARCO, *passim*.

de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.

O aspecto positivo é traduzido nas palavras de DINAMARCO: “o endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”⁷. Significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos.

DINAMARCO ainda coloca como requisitos para se chegar a um processo efetivo, nos limites do direito processual, o acesso à Justiça; o modo de ser do processo, em que se debatem situações como o contraditório, a prova, a inquisitividade e o procedimento; a justiça e a utilidade das decisões⁸.

Atualmente, é mais importante promover o bem de cada indivíduo por intermédio da incrementação do bem comum da sociedade, integrando todos no contexto social do qual fazem parte, do que a antiga idéia de “dar a cada um o que é seu”.

Esta assertiva implica grandes inovações na teoria e prática processual como por exemplo: a simplificação processual, deixar de lado todo aquele emaranhado procedimental que ao invés de facilitar o trabalho dos operadores jurídicos acaba por afastar grande parte da população do Judiciário; um juiz participativo e não um mero espectador revestido de mitos e dogmas, como o da neutralidade axiológica no processo; inovações na instrução probatória, garantindo sempre o contraditório para que se chegue ao resultado da prestação jurisdicional, entre outras. Princípios constitucionais como o do devido processo legal, o da legalidade, juiz natural etc., devem ser sempre observados.

⁷ DINAMARCO, *loc. cit.*, p. 266.

⁸ *Ibid.*, p. 273.

KAZUO WATANABE destaca dois métodos de pensamento para o desenvolvimento de estudos em busca da efetividade. A primeira perspectiva é a de direito processual que busca a melhor tutela dos direitos através do processo.

A outra perspectiva é a de direito material, construída sobre a idéia de CHIOVENDA de que o processo deve dar àquele que tem direito tudo aquilo que tem direito de conseguir, a qual conclui, no plano processual, que a cada ação de direito material corresponde uma ação de direito processual e uma pretensão processual. Nesse enfoque, o processo seria aderente ao direito material, pois a pretensão processual estaria perfeitamente ajustada à exigência da pretensão material, sem contudo sobrepujar a autonomia do direito processual⁹.

Em que pese as duas posições serem extremamente relevantes, torna-se necessário que os dois métodos conjuguem esforços pelo objetivo comum, que é o da tutela efetiva dos direitos.

Da lição de BARBOSA MOREIRA é possível extrair requisitos mínimos que o processo deve preencher para merecer a chancela de efetivo. Em conformidade com sua idéia, (1) o processo deve ter a sua disposição instrumentos de tutela adequados a todos direitos previstos ou inferidos do ordenamento. É a consagração do direito de ação, constitucionalmente garantido, que deve ser estendido a outras categorias tornando-as “acionáveis”.

(2) Tais instrumentos devem ser utilizáveis, em princípio, pelos supostos titulares do direito que requer preservação ou reintegração, mesmo que sejam indeterminados ou indetermináveis. Abre caminho para as ações tendentes a tutelar direitos difusos e coletivos e para a crítica da atual estrutura da *legitimatío ad causam*.

(3) Condições para a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes devem ser propiciadas, a fim de que o convencimento do julgador corresponda à realidade. Essa assertiva traz consigo a problemática da atividade de instrução em duas ordens: quais elementos podem servir como fonte de formação do convencimento do juiz e quem deve ter a iniciativa de levá-los ao conhecimento do magistrado.

⁹ WATANABE, p. 21.

(4) O resultado do processo, em sua possibilidade prática, deve garantir o pleno gozo da específica utilidade que o ordenamento proporciona à parte vitoriosa. Diz respeito à já mencionada fórmula chiovendiana com um estímulo às vias processuais preventivas para realizá-la.

(5) O resultado necessita ser alcançado com o mínimo dispêndio de tempo e energia, em contraposição à excessiva complexidade e duração dos processos¹⁰.

As duas primeiras proposições levantam questões que formam “o núcleo daquilo a que se vai tornando habitual aplicar o rótulo genérico de ‘problema do acesso à justiça’”¹¹. As outras proposições são afetas ao modo de atuação do processo e seus problemas estruturais e funcionais.

Conclui BARBOSA MOREIRA que há muito o que ser feito pelos juízes e tribunais, suscitando um paradoxo, em suas palavras, é “inevitável a impressão de estarmos encerrados num círculo vicioso: não há como tornar mais ‘efetivo’ o processo sem aumentar o serviço dos órgãos judiciais; mas é também impossível aumentar tal serviço sem tornar o processo menos ‘efetivo’”¹².

Faz-se ainda necessário assinalar, a fim de que não se perca o bom senso, a demonstração de BARBOSA MOREIRA, em texto que trata como a técnica processual é imprescindível para a efetividade do processo, que a preocupação com a efetividade levada às últimas conseqüências pode ter reflexos negativos. Na ânsia de transformar a efetividade do processo em valor absoluto, acaba sacrificando interesses de terceiros igualmente valiosos ou desprezando as conquistas trazidas pela fase de aprimoramento técnico do direito processual¹³.

Enfim, a concepção instrumental do processo, como abordado, tem o grande mérito de propiciar ao indivíduo uma resposta do Judiciário que seja adequada aos escopos almejados, consubstanciados em alguns valores metajurídicos como a justiça e paz social. O processo deixará de ser, como muitas vezes o é, um entrave e passará a

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

¹¹ *Ibid.*, p. 204.

¹² *Ibid.*, p. 219.

¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual civil*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

ser uma potente ferramenta, engajada, participativa e compromissada com seus escopos e afinado com os da sociedade em que está inserido.

Como uma consequência lógica da fase instrumental, a preocupação com a efetividade do processo assume maior relevo. O trabalho tem justamente a intenção de contribuir na busca pela efetividade do processo, todavia aqui tomada na perspectiva da efetivação da tutela jurisdicional, ou como quer DINAMARCO, na perspectiva da utilidade da decisão proferida pelo órgão judicial.

2.2 TUTELA EXECUTIVA *LATO SENSU* E TUTELA MANDAMENTAL

A utilidade da decisão judicial é representada pela possibilidade de ser praticamente realizada, alterando, transformando ou criando situações que dêem àquele que a pleiteou, por intermédio do processo, a satisfação almejada. Assim sendo, o processo preencheria as expectativas que o cercam, alcançando os seus escopos jurídicos, sociais e políticos, consubstanciados em valores metajurídicos¹⁴.

Como já observado, de que adiantaria o Estado estabelecer uma carta de direitos, disponibilizando-os aos súditos, sem que pudesse atuá-los, garantindo com o monopólio da jurisdição a sua observância? O mesmo raciocínio é aplicado à utilidade

¹⁴ Resumindo o que DINAMARCO discorre na obra “A instrumentalidade do processo” ter-se-ia como escopos do processo: escopo social, político e jurisdicional.

O escopo social é o escopo fundamental do exercício da jurisdição. Apresenta-se na busca da tão almejada paz social. A jurisdição deve conter a tendência desagregante inerente à sociedade. A educação do cidadão assume relevante importância para a consecução da pacificação social. A própria jurisdição pode conscientizar o cidadão de seus direitos e obrigações. Aliada à conscientização surge a confiança que a instituição judiciária deve proporcionar. A confiança e a credibilidade são grandes ferramentas para que a jurisdição alcance seus escopos. O cidadão educado para exercer seus direitos e deveres, confiante no Poder Judiciário respeitará mais os limites individuais e o próximo.

Os aspectos fundamentais do escopo político da jurisdição são, como visto: garantir a liberdade, valor supremo de qualquer sociedade; assegurar a imperatividade das decisões do Estado, seu poder em outras palavras; e propiciar o acesso à justiça para o cidadão em sua individualidade ou organizado e representado em associações. Em última análise esses aspectos garantem a própria subsistência do Estado e os limites de sua atuação.

A discussão fica acirrada quando se trata de definir o escopo jurídico da jurisdição. As teorias unitária e a dualista do ordenamento jurídico oferecem cada qual sua contribuição, conforme sua visão. Para elas os escopos jurídicos são: a justa composição da lide e a atuação concreta da lei. O problema surge quando se busca o efetivo escopo jurídico através de uma visão intrínseca do ordenamento. Dessa acepção resulta a idéia de um direito substancial bastante em si. Um processo que se basta em si mesmo, a antítese da instrumentalidade do processo.

das decisões finais proferidas pelos órgãos jurisdicionais nos processos. Sem a possibilidade de transformá-las em realidade, restaria o processo como um instrumento retórico e inócuo.

A preocupação de todo o estudioso do direito processual civil tem convergido na busca do aprimoramento técnico que possibilite a disponibilização de novas formas de tutelar os direitos por intermédio do processo. Além do mais, ao lado de categorias de direito que se pode considerar tradicionais, novas categorias de direitos têm surgido como reflexos jurídicos de transformações histórico-sociais, necessitando, da mesma forma, serem tutelados.

O dispêndio de energia da doutrina do direito processual civil tem trazido resultados positivos no sentido de transformar o processo num meio cada vez mais efetivo de tutela dos direitos. Formas de tutela têm sido exploradas mais a fundo, para dar conta da tarefa de proteger e garantir o exercício de direitos já consagrados e os que continuam a surgir no seio da sociedade¹⁵.

O estudo das novas tendências do direito processual civil faz pesadas críticas à classificação trinária das ações em condenatória, declaratória e constitutiva. Esse modelo teria se esgotado, deixando de acompanhar as necessidades do direito material e, em última análise, representando um entrave ao processo efetivo. Surgem sentenças com novas características, dentre as quais se pode isolar as mandamentais e executivas *lato sensu*.

Neste diapasão, torna-se necessário fazer uma distinção entre tutela executiva *lato sensu* e mandamental que servirão de pauta para o desenvolvimento deste trabalho. Desde logo é importante destacar a opinião de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA que acomoda essas categorias no processo de execução, ao contrário do que pensava PONTES DE MIRANDA, que as incluía no processo de conhecimento.

OVÍDIO apresenta duas razões para tanto, uma de natureza teórica ou doutrinária, outra histórica ou genealógica. A justificação teórica baseia-se na necessidade de retirar qualquer atividade executiva do processo de conhecimento, que

¹⁵ É possível citar a construção teórica acerca da tutela específica, da tutela inibitória, tutela preventiva executiva, tutela reintegratória, por exemplo.

se encerra com a sentença de mérito, transferindo toda a ação jurisdicional após a decisão a uma relação processual executória subsequente e autônoma. Essa necessidade de excluir do processo de conhecimento toda a atividade judicial pós-sentencial, proporcionou a concepção de um instrumento processual capaz de unificar todos os meios executórios¹⁶.

A razão genealógica, que justifica a inserção das ações executivas *lato sensu* e mandamentais no processo de conhecimento, diz respeito a evolução histórica de ambos os conceitos. Primeiro pela deficiência e insuficiência do processo executivo por créditos, que pressupõe uma ação condenatória, para atender as exigências práticas atuais, bem como, da inadequação na prática da tradicional tripartição das sentenças formadoras do processo de conhecimento¹⁷.

Segundo o critério de OVÍDIO, o elemento comum às sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais reside na existência de atividade posterior a sentença na mesma relação processual, como resposta jurisdicional a uma pretensão inclusa na petição inicial que as afasta do processo de conhecimento. Conhecimento e execução encontram-se misturadas numa mesma ação¹⁸.

Passa-se agora para a distinção entre a tutela mandamental e tutela executiva *lato sensu*. “A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa”¹⁹. A sentença, então, deve conter uma ordem, a fim de que se expeça um mandado, daí a denominação mandamental. Na sentença, o juiz não condena, e sim ordena. A realização efetiva da pretensão se faz por meio de uma ordem cogente, constante do mandado judicial originário da sentença. O objeto principal do pedido é, justamente, a obtenção do mandado²⁰.

¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. v. 2. p. 21/22.

¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸ *Ibid.*, p. 24.

¹⁹ *Ibid.*, p. 334.

²⁰ *Ibid.*, p. 352.

Como traço distintivo entre as sentenças executivas *lato sensu* e as mandamentais tem-se: a execução é ato privado da parte que o juiz realiza, substituindo a parte que deveria tê-lo realizado, seja por meio do correspondente processo, se fora condenatória a demanda, seja por simples decreto, se a ação era executiva desde o início²¹. O conteúdo das sentenças executivas *lato sensu* não é uma ordem, e sim uma espécie de autorização para que o órgão jurisdicional execute a decisão, satisfazendo o direito do demandante independente da vontade do devedor, no mesmo processo do qual resultou.

Já na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele pode realizar na condição de representante do Estado. A tutela mandamental pode ser tomada, guardada as devidas ressalvas, como um verdadeiro poder de *imperium*, outorgado ao juiz. Este fato interfere no conceito, de caráter privatístico, de jurisdição que o direito pátrio herdou dos sistemas jurídicos europeus, baseados no legado das fontes romanas. Segundo este conceito a jurisdição seria função estatal que se dirige ao trato de interesses privados, em contraposição à aceção de jurisdição dos sistema da *common law*, nos quais os juízes se avultam como verdadeiros representantes do poder estatal, e não meros funcionários públicos²².

2.3 MEIOS SUB-ROGATÓRIOS DE EXECUÇÃO

Num primeiro momento convém definir o que é execução. LIEBMAN fala que “a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar a atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”²³. Como se observa LIEBMAN só considera execução a atividade confiada aos órgãos judiciários de realizar na prática a regra sancionadora decorrente do inadimplemento de uma obrigação. Não considera como execução a chamada execução indireta, que será vista

²¹ SILVA, p. 335.

²² *Ibid.*, p. 335.

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 4.

mais adiante, em que se utilizam medidas de coerção, a fim de que o devedor aja, cumprindo a obrigação. Segundo este entendimento, a verdadeira execução não pode abrir mão da intervenção dos órgãos jurisdicionais que substituem a vontade do devedor na busca da satisfação do direito do credor.

BARBOSA MOREIRA ensina que a finalidade do processo de execução é atuar a norma jurídica concreta, formulada em sentença definitiva com o fim de dirimir a situação litigiosa. A atividade jurisdicional no processo de execução manifesta-se, de forma preponderante, por meio de atos materiais que se destinam a modificar a realidade, aproximando-a daquilo que o direito diz que ela deve ser²⁴.

Partindo da lição de seu mestre Liebman, DINAMARCO define a execução (forçada) como “conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material”²⁵. O processo de execução deve ter um desfecho único, qual seja, a satisfação do demandante. O conjunto de atos de agressão patrimonial recebe a denominação de sanção, mas não na mesma acepção do direito substancial, vez que estas não se prestam a satisfazer o credor. As medidas de coação psicológica não integrariam o conceito técnico-processual de execução forçada, pois são sanções de direito material²⁶.

A técnica da sub-rogação e a técnica da coerção são os meios básicos para se conseguir a satisfação de um direito subjetivo quando lhe faltar o cumprimento espontâneo. Divergem os autores, como demonstrado, em enquadrarem os meios coercitivos (execução indireta) no conceito de execução forçada. De qualquer forma, afirma MARCELO LIMA GUERRA:

Assim, percebe-se, facilmente, que essa divisão das medidas judiciais em sub-rogatórias e coercitivas situa-se, na realidade, em um plano muito mais amplo que o do processo de execução, a saber, naquele a problemática geral das técnicas de que o juiz pode se valer na

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 213.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 115.

²⁶ *Ibid.*, p. 101.

sua atividade, destinadas a obter o resultado prático consistente na conduta de alguém ou em seu equivalente prático, seja para satisfazer direito consagrado em título executivo (tutela executiva), seja para fazer obedecer comando jurídico contido em decisão interlocutória ou final (tutela antecipada, cautelar, cumprimento de ordens judiciais de caráter instrutório).²⁷

Os meios sub-rogatórios seriam os meios tradicionais de se promover a execução judicial civil. A doutrina não hesita em definir os meios executórios de sub-rogação como os meios que constituem a execução propriamente dita ou execução direta. Fazem parte, sem dúvida, do conceito “técnico-processual” de execução.

A execução por sub-rogação ocorre quando há a substituição da conduta do devedor pela atuação do órgão judicial. Este, por ato seu, concretiza diretamente o provimento exarado, sem qualquer colaboração do titular do dever jurídico. O faz independentemente da vontade do devedor. Em outras palavras, a jurisdição atua, sub-rogando (substituindo) a vontade do executado, cumprindo o objetivo da execução, qual seja, a satisfação do exeqüente.

ARAKEN DE ASSIS observa determinadas diferenças de como os meios executórios de sub-rogação tipificados na legislação processual adentram a esfera patrimonial do devedor. A execução far-se-ia por meio do desapossamento, por meio da transformação ou por meio da expropriação.

Quando meio de desapossamento é utilizado, procura-se a coisa, se for móvel, ao encontrá-la, toma-se e entrega-se ao exeqüente. É atividade simples e imediata, presente nas execuções de entregar coisa certa e de direitos reais. O artigo 625 do Código de Processo Civil distingue a busca e a apreensão para coisas móveis e a imissão na posse, para imóveis²⁸.

Figura de maior complexidade é a utilização do meio de transformação, positivado nos artigos 633 a 639 do CPC. Neste invade-se a esfera patrimonial do executado para buscar o cumprimento das obrigações de fazer fungíveis ou direitos a elas equiparados.

De acordo com o roteiro do artigo 634 do CPC é, num primeiro momento, realizada uma perícia para avaliar o custo e a extensão da obra. Em seguida, é aberto

²⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999. p. 24.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 112.

procedimento licitatório pelo juiz, a fim de escolher terceiro apto a realizar a obrigação de fazer fungível, que culmina com a oportunidade do credor, em igualdade de condições, obter preferência para realizar a obra (artigo 637 do CPC). Por fim, o custo do empreendimento será cobrado do obrigado em execução paralela e por meio de expropriação. A certificação do cumprimento, independente de quem é o seu agente, é cercada por incidentes, conforme reza o artigo 635 do CPC²⁹.

Já o meio de expropriação consubstancia-se na separação de parte do patrimônio do executado, correspondente ao valor da dívida, para o cumprimento nas execuções das obrigações pecuniárias. A afetação de porção do patrimônio é a penhora, ou excepcionalmente o desconto nas dívidas alimentares. A expropriação pode desenvolver-se por três maneiras, quando a constrição é dirigida a coisa diferente do objeto da prestação, que é o dinheiro. Demonstrem as técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro. São elas: alienação, adjudicação e usufruto (incisos I a III do artigo 647 do CPC)³⁰.

O meio de desconto é o mecanismo utilizado para a tutela executiva dos alimentos. O juiz ordena a fonte pagadora dos salários ou vencimentos, os quais integram a garantia patrimonial do crédito alimentar (inciso IV do artigo 649 do CPC), que desconte a quantia devida para o imediato pagamento ao alimentário³¹.

Quando se utiliza o meio de alienação, o objeto da penhora é alienado coativamente em hasta pública. Compreende as etapas da avaliação, pois o bem não pode ser vendido por um preço vil (artigo 692) e com a apuração do valor de mercado é possível adequar a extensão da constrição (artigo 685); publicação de editais ou modo assemelhado de publicidade, vez que a venda será realizada para qualquer interessado; arrematação, em que o juízo aceita proposta mais vantajosa, transferindo o domínio da coisa ao adquirente; e, finalmente, o produto da venda é entregue ao credor (inciso I do artigo 708 do CPC)³².

²⁹ ASSIS, *loc. cit.*, p. 113.

³⁰ *Id.*

³¹ *Ibid.*, p. 114.

³² *Id.*

A adjudicação, regulada nos artigos 714 e 715 do CPC, é propiciada ao próprio credor nos casos em que a alienação em hasta pública não atraiu interesse do público, restando infrutífera. Ao invés de repeti-la, é dada a oportunidade ao credor de adquirir o bem, mediante o pagamento do preço levantado na avaliação, satisfazendo assim, o crédito (inciso II do artigo 708 do CPC)³³.

Por último, é possível lançar mão do meio de usufruto (inciso III do artigo 708 do CPC) quando o bem penhorado proporcionar frutos. A satisfação do credor poderá ocorrer com a expropriação deste direito, adjudicando-se-lhe, os rendimentos durante certo período de tempo (artigo 716)³⁴.

Todavia, há casos em que a técnica sub-rogatória é inviável devido à dificuldade ou impossibilidade de se substituir a conduta do devedor pela do órgão judicial. O devedor pode cumprir a obrigação, mas não faz porque não quer. A execução direta é inócua, mas a tutela executiva é viável, mesmo que seja indispensável o concurso da vontade do devedor.³⁵ Nesse contexto, avultam-se as obrigações de fazer infungíveis nas quais as técnicas executivas de sub-rogação não dão conta pela própria forma de cumprimento do dever, que é peculiar.

Os meios executórios abordados foram construídos sob a ótica do Estado liberal amoldados para a tradicional execução por créditos, não se adequando à tutela das obrigações de fazer e de não-fazer infungíveis pelas próprias peculiaridades de seu cumprimento, que são incompatíveis com a substituição da atuação do demandado pela atividade do órgão jurisdicional.

Essa concepção liberal do processo estaria em crise é o que afirma OVÍDIO, porque as relações econômicas contemporâneas envolvem muito mais troca de fatos humanos, girando em torno de símbolos e correspondendo a prestações infungíveis, do que troca de coisas. É o resultado da expansão das atividades econômicas de prestação de serviços, decorrente da revolução tecnológica³⁶.

³³ ASSIS, p. 114.

³⁴ *Id.*

³⁵ GUERRA, p. 27.

³⁶ SILVA, p. 340.

Pelas mesmas razões, os meios sub-rogatórios se mostram inadequados para o cumprimento da quase totalidade das ordens judiciais constantes nas sentenças preponderantemente mandamentais.

3 A MULTA COMO TÉCNICA DA EXECUÇÃO INDIRETA PARA A TUTELA ESPECÍFICA DO ARTIGO 461 DO CPC

3.1 MEIOS COERCITIVOS DE EXECUÇÃO

O órgão judiciário pode fazer uso de instrumentos que criem pressão psicológica sobre o devedor para que ele cumpra voluntariamente, mas não mais espontaneamente, sua obrigação. Esses meios exercem coação moral sobre o devedor com o agravamento das consequências normais do inadimplemento, a fim de que cumpra sua prestação.

Os meios coercitivos ou coativos constituem o que se denomina execução indireta. Ao contrário dos meios sub-rogatórios a execução indireta necessita da concorrência da vontade do devedor. Devido a isso, opiniões de renomados autores, como DINAMARCO e todos aqueles de compartilham do conceito liebmaniano de execução forçada, indicam na direção de não considerar a execução indireta como verdadeira forma de execução. Isto porque, como já exposto, o conceito mais tradicional de execução só leva em conta a atividade dos órgãos jurisdicionais que se sub-roga na conduta do devedor. Nesse sentido, é possível destacar a opinião de BARBOSA MOREIRA: “o mecanismo que ora se estuda (meios de coerção) é menos uma execução propriamente dita do que um ‘sucedâneo’ da execução” (grifo no original)³⁷.

Cresce, entretanto, a tendência de incluir a execução indireta no âmbito da execução propriamente dita. Dessa forma, tanto os meios os sub-rogatórios, quanto os meios coercitivos comporiam a execução. Este posicionamento cresce fundamentando-se na idéia que há atuação da sanção por meio da execução indireta. A sanção teria natureza intimidatória, reconhecida pela teoria geral do direito³⁸.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, *O novo...*, p. 252.

³⁸ WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2. p. 32.

Outro argumento para a inclusão da execução indireta no conceito de execução forçada já foi defendido por CHIOVENDA³⁹. Pode ser traduzido da seguinte forma: as medidas coercitivas por serem aplicadas no processo de execução pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, como atos executivos em sentido lato. Sempre que as medidas coercitivas necessitem da intervenção do órgão judicial para serem aplicadas e executadas, caracterizam-se como execução forçada processual. Esse raciocínio advém do conceito de execução processual que CHIOVENDA apregoava. Escrevia ele: “chama-se execução processual a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação; e conhece-se por execução o complexo dos atos coordenados a esse objetivo”⁴⁰.

Pois bem, das frustrações de numerosos direitos, produzidas pelo sistema baseado no princípio *nemo ad factum cogi potest* que consignava que o eficaz cumprimento das obrigações de fazer infungíveis dependia exclusivamente do devedor, caso contrário resolvia-se pecuniariamente em perdas e danos, foi proporcionada a criação de um modelo de medida de coerção judicial, denominada *astreinte* na França⁴¹.

A Revolução Francesa teve como uma das consequências mais significantes, no plano jurídico, o banimento das medidas de coerção sobre a pessoa, representada pelo princípio *nemo ad factum cogi potest*, positivado pelo Código Napoleão. O respeito à liberdade do cidadão gerou exageros injustificáveis, chegando a doutrina considerar as obrigações de fazer como possuidoras de um objeto juridicamente impossível, sendo seu cumprimento não obrigatório sob o ponto de vista jurídico. Assim, o direito positivo francês não munia os juizes de instrumentos capazes de garantir a execução específica de suas decisões, deixando o credor insatisfeito por ter que se contentar com uma indenização pelo prejuízo resultante do inadimplemento. Diante dessa conjuntura, os magistrados lançaram mão de um instituto que

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 346-349.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 346.

⁴¹ ASSIS, p. 108.

denominaram *astreinte*, a fim de compelir o devedor a cumprir a condenação, seja qualquer a obrigação que contenha, de dar, de fazer ou de não fazer⁴².

Afastadas as discussões, a *astreinte* consolidou-se como um meio de coerção que, ao incidir concretamente, tem natureza jurídica de uma pena privada, uma vez que a quantia é revertida em favor do credor⁴³.

Dentre suas características: a *astreinte* é uma condenação acessória da condenação principal, porque destina-se a assegurar o seu cumprimento específico. Assim sendo, o termo inicial corresponde ao descumprimento da condenação principal, ficando sem efeito quando a sentença condenatória for impugnada e reformada. Como tem caráter coercitivo, seu único objetivo é pressionar o devedor que ele cumpra o que foi lhe imposto por uma decisão condenatória. É totalmente independente da indenização dos prejuízos resultantes do inadimplemento do devedor, ao contrário do que pensa COUTURE: “cabe assinalar que a sanção em *astreintes* procede somente naqueles casos em que uma condenação em danos e prejuízos resulta injusta, ilusória e desproporcionada, já que esta é a consequência normal na infração das obrigações de fazer estabelecidas na sentença”⁴⁴. Logo, se não houver sobre o que exercer a coerção ou quando a condenação tornar-se praticamente não realizável, a *astreinte* não deve ser aplicada.

A *astreinte* tem caráter arbitrário, apenas no sentido que o juiz não necessita motivar a decisão que a concedeu, no resto seria mais apropriado dizer que o ela proporciona ao juiz certa discricionariedade em escolher ou não sua utilização, podendo, logo, ser aplicada de ofício, independente da requisição do credor. Da mesma forma, em relação ao arbitramento do valor, escolha da unidade e quantidade do tempo, o juiz dispõe de certa margem de liberdade, tendo em vista a omissão legal no tocante à matéria.

⁴² GUERRA, p. 110.

⁴³ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁴ Texto original: “Cabe señalar que la sanción en *astreintes* procede sólo en aquellos casos en que una condena en daños y perjuicios resulta injusta, ilusoria e desproporcionada, ya que ésta es la consecuencia normal en la infracción de las obligaciones de hacer establecidas en la sentencia”, extraído da obra COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 462.

Por último, é indiscutível o caráter patrimonial da *astreinte* que é recolhida em favor do credor, como demonstração de sua natureza de pena privada, fazendo parte de seu patrimônio antes mesmo de ser liquidada. A quantia apurada na liquidação é ainda capaz de gerar os juros legais previstos no Código Civil francês⁴⁵.

Interessante ainda, destacar a existência de duas modalidades da *astreinte* judicial no direito francês. Uma chamada de provisória, pois o juiz pode modificar seu valor, tanto quando não estiver obtendo os resultados visados, tanto quanto na liquidação, em que pode diminuir ou aumentar o valor total da condenação. A *astreinte* definitiva não pode ter seu valor revisto pelo juiz, sendo, entretanto, aplicada somente após uma *astreinte* provisória e por um período de tempo fixado previamente pelo magistrado⁴⁶.

Além desta técnica executiva da aplicação de uma multa pecuniária, surgiram outras soluções no direito comparado para dar conta do problema do cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer.

Em breves linhas pode-se citar o sistema misto alemão (*Zwangsstrafen/Zwangsmittel*) que declara ao executado a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro (*Zwangsgeld/Ordnungsgeld*), em não sendo cumprida, há a ameaça de prisão (*Zwangshaft/Ordnungshaft*), limitado legalmente, porém, o tempo da prisão, bem como o tempo da multa⁴⁷. Tem como prioridade jurídica a tutela específica e, como os meios executivos são típicos e incluem medidas de coerção, possui um conceito de execução forçada mais amplo que o extraído do direito italiano, representado pelo conceito de LIEBMAN por exemplo. Entretanto, a execução indireta no direito alemão só tem aplicabilidade em relação às obrigações de fazer infungíveis e de não-fazer. A doutrina alemã não é unânime, mas favorece a consideração dessas medidas de coerção como de natureza não penal, em que pese seu caráter público, uma vez que a multa, por exemplo, é revertida para o Estado. Por fim, são aplicadas por requerimento da parte, não podendo ser cumuladas⁴⁸.

⁴⁵ GUERRA, p. 115-125.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁷ ASSIS, p. 109.

⁴⁸ GUERRA, p. 142-147.

Outro modelo paradigmático é o *contempt of court* (que pode ser traduzido como desprezo à corte), próprio da *common law*, na qual foi inserido pela *equity* (equidade) de inspiração do direito canônico, que reputa desacato e desobediência o descumprimento da ordem do tribunal. É um instituto bastante complexo que não se limita a garantir a execução específica da obrigação, valendo-se dele, os tribunais, para preservar sua autoridade e assegurar a correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional. O fundamento jurídico do *contempt of court* é a própria existência do Poder Judiciário, o qual possui um poder inerente, a saber, o *contempt power*. As sanções podem ser pecuniárias, como a multa, ou a própria privação da liberdade, seja no *contempt* civil, em que terão natureza coercitiva, seja no *contempt* penal, em que terão natureza punitiva. Problema surge, pois há uma zona cinzenta na sua aplicação como sanção de natureza civil ou penal, vez que, em certas ocasiões, o *contempt of court* pode ter natureza civil e penal ao mesmo tempo⁴⁹.

Poder-se-ia então, dividir os meios executórios de coerção em de coerção patrimonial e pessoal⁵⁰. O primeiro é representado pela multa, aplicada ao devedor, coagindo-o a cumprir a obrigação com a intromissão em seu patrimônio com o intuito de diminuí-lo. Exemplo são as *astreinte* do direito francês. Este sistema que foi “importado” pelo direito brasileiro, como se verá mais adiante, preenchendo com mais competência a lacuna deixada pelo desaparecimento, desde o Código de Processo Civil de 1973, da ação cominatória no ordenamento jurídico pátrio, subsistindo todavia, a pretensão cominatória pela análise do artigo 287.

A ameaça de cerceamento da liberdade por intermédio da prisão, impingida ao devedor a fim de que cumpra a obrigação, representa o meio de coerção pessoal. Frise-se aqui que, para grande maioria da doutrina e tribunais superiores, é um meio que encontra limites bem definidos nos ditames da Constituição Federal do Brasil que veda a prisão civil por dívida. Exceção à regra: inciso LXVII do artigo 5º autoriza a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (artigos 18 da lei nº 5.478/68 e 733 do Código de Processo Civil) e do

⁴⁹ GUERRA, p. 73.

⁵⁰ ASSIS, p. 110-111.

depositário infiel, que não é medida coercitiva no âmbito da execução indireta. Já a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica ratificado pelo Decreto Legislativo 27/92) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Decreto Legislativo 226/91), dos quais o Brasil é signatário, restringem a possibilidade de aplicação deste constrangimento apenas ao devedor de alimentos.

Questão delicada surge na definição da expressão “prisão civil por dívida”. A doutrina utiliza usualmente a expressão como sinônimo de prisão civil *tout court*. MARCELO LIMA GUERRA vê uma impropriedade do ponto de vista terminológico alegando que seria mais correto reservar a expressão para a modalidade de prisão civil imposta para compelir o devedor a cumprir obrigações pecuniárias⁵¹. Essa assertiva permite o autor chegar à conclusão que a Lei Magna entende “dívida” nesse sentido estrito e, portanto, seria razoável entender que o juiz pode decretar a prisão civil de devedor de obrigação não pecuniária como medida destinada a compeli-lo a cumpri-la⁵². Em última análise, serviria para resguardar a autoridade judicial.

Com esse mesmo entendimento, pode-se citar JOEL DIAS FIGUEIRA JR. para quem essa espécie de prisão teria natureza *sui generis*, cuja peculiaridade decorre da origem processual civil da providência desobedecida e ensejadora da recalcitrância injustificada que, por sua vez, resultará em desobediência criminosa, punível com a privação da liberdade⁵³. Já posicionamento contrário ao cabimento da prisão, por entender tratar de prisão de natureza civil, por excelência, é propalado por TALAMINI e grande parte da jurisprudência⁵⁴.

Mais uma vez, recorrendo à lição de OVÍDIO, o desprezo pelas medidas de coerção sobre a pessoa do devedor representa herança do sistema liberal, calcado em relações privatistas. O sistema jurídico pátrio pratica a *iuris+dictio*, em sua expressão mais radical, enquanto que sistemas como a *common law* serve-se do *imperium* para

⁵¹ GUERRA, p. 213, nota nº 127.

⁵² *Ibid.*, p. 257.

⁵³ FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento arts. 270 a 281. p. 256.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 297.

impor a observância das relações obrigacionais⁵⁵. Além do legado da concepção liberal de execução das obrigações, há que se destacar a própria inserção de princípios humanitários, como o da dignidade da pessoa humana, nas leis fundamentais de diversos países, como consequência da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Poder-se-ia estar considerando a pessoa como um mero objeto da relação jurídica ao coagi-la fisicamente, contra sua vontade, para que cumpra obrigação que só ela pode tornar realidade. A interpretação do caso concreto e o confronto desse princípio com os demais princípios constitucionais, vão dar a medida certa da extensão da incidência desse raciocínio.

Como se denota, o campo de aplicação, por excelência, dos meios coercitivos é o das obrigações com prestação infungível, mas não há limitação na aplicação para tornar realidade as prestações de fazer fungíveis. Excluir-se-iam as prestações de declaração de vontade e as prestações de dar, executivamente exigíveis, segundo BARBOSA MOREIRA⁵⁶. MARCELO LIMA GUERRA vai mais longe, estendendo o campo de aplicação das medidas coercitivas nas execuções de entregar coisa e, até, nas execuções por quantia certa, como forma de garantir a tutela específica e, por consequência o próprio direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional⁵⁷.

3.2 TUTELA ESPECÍFICA DO ARTIGO 461 DO CPC

MARINONI leciona que a tutela específica deve ser pensada em face das diversas situações de direito material que carecem de tutela.

Em se tratando de obrigação contratual, a tutela específica, em princípio é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não fazer. A tutela que confere ao autor o desfazimento daquilo que não deveria ter sido feito é tutela específica da obrigação de não-fazer. Quando se teme a reiteração do descumprimento de uma obrigação de fazer e de não-fazer, a tutela que se destina a impedir o devedor de voltar a inadimplir também é tutela específica⁵⁸.

⁵⁵ SILVA, p. 344.

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, *O novo...*, p. 253.

⁵⁷ GUERRA, p. 179-188.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 67.

Há tutela específica quando há tutela destinada a inibir o ilícito, entendido como ato contrário ao direito, ou quando visa reintegrar o direito que foi violado, mesmo que não haja tutela contra o dano que pode ter sido acarretado⁵⁹. A primeira é a tutela inibitória e a outra é a tutela reintegratória. Contudo não só nessas duas modalidades pode estar presente a tutela específica. Mesmo no caso de dano, patrimonial ou não, é possível a tutela específica.

Tutela ressarcitória na forma específica existe quando é possível reparar o dano independentemente de se proporcionar ao lesado um equivalente pecuniário que corresponda ao valor da lesão. Assim sendo, tutela ressarcitória não é sinônimo de tutela pelo equivalente⁶⁰.

Pode haver tutela prestada em pecúnia, mas na forma específica, como no caso de adimplemento da obrigação de pagar soma em dinheiro.

Sem dúvida, a tutela específica protege, de forma mais adequada, o direito material. “Na realidade, o direito à adequada tutela jurisdicional tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica”⁶¹.

Os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90) disponibilizaram técnicas processuais capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo mais efetivo e adequado. Dessa forma, os artigos mencionados não se dirigem apenas à tutela das obrigações, seja de fazer ou não fazer, seja outra espécie de obrigação; excluindo direitos que não possuem obrigações correlatas, como os direitos da personalidade e direitos difusos por exemplo⁶². Na verdade, abrem espaço para que o juiz determine, na própria sentença, medida capaz de tutelar um direito que dependa do cumprimento de um fazer ou de um não fazer.

“Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii)

⁵⁹ MARINONI, *loc. cit.*, p. 68.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 70.

⁶² *Ibid.*, p. 71.

determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer”⁶³.

Como já mencionado, alguns direitos dependem do cumprimento de obrigações infungíveis para sua efetiva tutela. A execução por sub-rogação mostra-se imprestável para esse tipo de tutela. A sentença que ordena o fazer infungível ou o não fazer, mediante uma espécie de ameaça para que o demandado cumpra voluntariamente, surge como um instrumento processual mais adequado para a tutela desses direitos.

A multa, prevista nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, como meio de coerção, é uma das formas de proporcionar a ameaça dirigida ao demandado para que cumpra a ordem judicial. Essa técnica mandamental, fundada na ordem e na multa, não pode ser confundida com a técnica condenatória, ou mesmo com a técnica executiva ligada à sub-rogação⁶⁴.

A técnica mandamental pode ser utilizada, sem controvérsia, no tocante às obrigações de fazer infungíveis e de não fazer. Entretanto, MARINONI aponta uma restrição à utilização dessa técnica em relação às obrigações infungíveis, fundamentais para a tutela de um direito de conteúdo não patrimonial, que exijam do devedor algo que não é só pessoal e que, também, não é passível de controle por ele próprio, como por exemplo, a inspiração para criar ou desenvolver uma obra artística. Pode, porém, ser utilizada para a tutela de direitos que dependam do cumprimento de obrigações fungíveis, pois não há razão para imaginar que a técnica mandamental seja excepcional, ou que só possa atuar em locais em que as demais não funcionam⁶⁵.

A tutela ressarcitória na forma específica pode ser prestada por intermédio da técnica mandamental, seja ao final do processo na sentença, seja na tutela antecipatória⁶⁶. Nesse caso, é importante frisar que o valor da multa pode superar o valor do dano, visando o objetivo que a técnica mandamental atue com eficiência.

⁶³ MARINONI, p. 71.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 72.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 166.

O demandado pode ser obrigado, pela técnica mandamental, a prestar a atividade necessária para que seja estabelecida uma situação equivalente, ou mais próxima do equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, não importando se o autor do ilícito não tenha a capacidade de reparar o dano pessoalmente, tendo que providenciá-lo por intermédio de um terceiro⁶⁷. É por isso que, para MARINONI, a técnica mandamental pode ser utilizada tanto em relação à obrigação infungível, quanto fungível, ainda que a nesta última situação a prestação só possa ser cumprida por um terceiro. Nem mesmo há razão para supor que a técnica mandamental tenha aplicação subsidiária à sub-rogação.

Na lição de MARINONI:

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, obrigação de estabelecer o estado que existiria caso o dano não houvesse ocorrido; portanto, não há como imaginar que a obrigação é de simples pagamento de soma em dinheiro. Perceba-se, aliás, que quando se pensa na técnica que permite a reparação do dano através de um terceiro, não se supõe que haja uma obrigação de pagamento de soma, mas sim que há uma obrigação de reparar o dano na forma específica que está sendo tutelada através de uma determinada técnica processual — a executiva por sub-rogação⁶⁸.

A reparação do dano sempre deve se dar na forma específica, e não por meio de pagamento de soma em dinheiro, afora, é claro, as hipóteses em que a reparação do dano na forma específica não é possível ou não é preferência do autor⁶⁹. A técnica processual a ser utilizada para a obtenção da tutela ressarcitória na forma específica é que pode variar.

MARINONI vê a possibilidade da multa ser aplicada mesmo quando possível a execução por sub-rogação, a fim de que se elimine a demora e os custos para o autor provocada pela sua utilização, notadamente se for analisado o procedimento previsto nos artigos 632 e 637 do CPC. Segundo ele é uma forma de fazer incidir o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão⁷⁰.

⁶⁷ MARINONI, p. 167.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 75.

Além da técnica mandamental, há a técnica executiva voltada à tutela daqueles direitos que necessitam a atividade material de um auxiliar do juízo, sem contudo se compadecer com o binômio condenação e execução por sub-rogação.

Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC criam essa técnica que permite que as medidas executivas sejam determinadas na sentença e implementadas independentemente da propositura da ação de execução⁷¹. Nesse tipo de ação, o conhecimento e a execução estão misturadas.

Como assinala MARINONI, é possível lançar mão da sentença executiva para a tutela destinada a restabelecer a situação anterior ao ilícito ou estabelecer a situação que deveria estar vigorando caso a norma houvesse sido observada, porque um fazer ou não fazer não foi observado⁷². Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC autorizam o juiz a determinar na própria sentença a medida necessária para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, tornando, assim, desnecessária a ação de execução.

“A possibilidade de o autor requerer que o juiz determine as denominadas ‘medidas necessárias’ — exemplificativamente previstas nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC —, na tutela antecipatória ou na sentença, permite a obtenção de uma efetiva tutela de remoção do ilícito”⁷³. Esta forma de tutela é chamada de tutela reintegratória ou de remoção do ilícito.

Da mesma forma, a técnica executiva pode ser utilizada para a tutela ressarcitória na forma específica, dispensando a técnica da condenação e conseguinte execução forçada.

3.3 A MULTA COMO TÉCNICA DE COERÇÃO

O credor já dispunha da multa como meio de coação aplicável na execução de obrigações de fazer e de não fazer antes da reforma do Código de Processo Civil. Contudo, a reforma trazida pela lei 8.953/94 proporcionou nova leitura do instrumento,

⁷¹ MARINONI, p. 76.

⁷² *Ibid.*, p. 143.

⁷³ *Id.*

contribuindo com o aumento da sua eficácia, em que pese ter deixado algumas dúvidas para serem resolvidas por aquele que interpretar os dispositivos.

O campo de aplicação da multa, por excelência, como visto é o da tutela específica das obrigações infungíveis, incluindo aí, as obrigações de não fazer. Aplica-se, todavia, sem perplexidade, a multa às ações para o cumprimento de obrigações de fazer fungível. Observa TEORI ZAVASCKI que não se prevê a utilização da multa para obter prestações de pagar quantia, nem de entregar coisa, entretanto, é tendência da jurisprudência ampliar, para efeito de cominação de multa, o próprio conceito de obrigação de fazer⁷⁴. A mesma orientação é encontrada na obra de ARAKEN DE ASSIS que denota, contudo, caráter subsidiário da multa no cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, não se manifestando em relação às obrigações de dar⁷⁵. MARCELO LIMA GUERRA estende o campo, onde pode incidir a multa, às execuções de entregar coisa, fundamentando-se no dispositivo do inciso V do artigo 52 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) que reza: “nas obrigações de entregar, de fazer ou de não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária (...)”⁷⁶. Com este mesmo entendimento, MARINONI não vê razão para não se empregar a multa para dar efetividade às tutelas que objetivam a entrega de coisa e mesmo o pagamento de soma em dinheiro⁷⁷.

O parágrafo 4º do artigo 461 do CPC autoriza a imposição de multa diária, independentemente de requerimento, para que se efetive a ordem judicial contida na sentença ou a decisão que antecipe tutela em obrigações de fazer, infungíveis ou fungíveis, e de não fazer. A imposição da multa permite identificar carga de mandamentalidade na decisão que a veiculou.

A natureza jurídica da multa, em entendimento assente, é de uma autêntica medida coercitiva, aplicada com independência da indenização por perdas e danos resultante do não cumprimento específico da obrigação (parágrafo 2º do artigo 461). Assim, não tem caráter ressarcitório ou indenizatório. Por não ter qualquer caráter

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 8: do processo de execução arts. 566 a 645. p. 501.

⁷⁵ ASSIS, p. 424.

⁷⁶ GUERRA, p. 185.

⁷⁷ MARINONI, p. 193.

ressarcitório pode ser cumulada com a indenização por perdas e danos. De outra parte, pode ser imposta mesmo na ausência total de prejuízo, não se limitando ao montante correspondente a obrigação descumprida⁷⁸.

MARCELO LIMA GUERRA destaca o caráter público da multa, uma vez que é um instrumento coercitivo que tem como finalidade primordial garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, pode ser imposto de ofício, independentemente de pedido da parte⁷⁹. Observa, também, o caráter acessório da multa, pois é medida que é concedida para garantir uma execução específica⁸⁰.

Toda vez que for evidenciada a utilidade da multa para coagir o demandado a cumprir a obrigação, ainda que minimamente, ela deve ser aplicada. Não se trata de mera faculdade que o juiz dispõe. Significa que o juiz deverá utilizar a multa sempre que necessário para o adequado desempenho das tarefas que a função jurisdicional lhe impõe⁸¹. Pelo raciocínio inverso, quando a multa mostrar-se inócua, como por exemplo na situação de tentar coagir devedor notoriamente insolvente, sua aplicação será descartada. É o que entende MARCELO LIMA GUERRA que assinala o fato de que “a multa não deve ser aplicada ‘automaticamente’ a qualquer pedido de tutela específica, mas apenas àqueles em que o juiz, em decisão fundamentada, considere a imposição dessa multa suscetível de, efetivamente, conduzir à obtenção da tutela pleiteada” (grifos no original)⁸². Logo, tornada impossível na prática a tutela específica, com ou sem culpa do demandado, a multa se torna inexigível.

Quanto à periodicidade da multa, reporta o parágrafo 4º do artigo 461 à multa diária. Assim, poder-se-ia aplicar a multa em qualquer lapso temporal que pode ser decomposto em dias, como por exemplo, semanas, quinzenas, meses etc., conforme as circunstâncias concretas exigirem. TALAMINI acredita na possibilidade de que a cominação se faça por hora ou outra unidade quando a urgência da situação o exigir. Escreve ele: “a amparar essa assertiva há não só a consideração da finalidade da figura

⁷⁸ GUERRA, p. 188.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 200.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 204.

⁸¹ TALAMINI, p. 236.

⁸² GUERRA, p. 191.

instituída no art. 461, § 4º, como a regra do art. 461, § 5º, que autoriza o emprego de meios coercitivos atípicos”⁸³.

Nos casos em que o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer se exaure em um único momento, há a possibilidade de se aplicar uma multa com valor fixo. Em hipóteses que a observância do dever tem momento exato, não podendo mais se obter o resultado específico após ter passado o determinado momento, a multa com periodicidade diária não tem sentido. Da mesma forma, em relação aos deveres de não fazer cuja violação ocorra por ato que traz consequência instantânea irreversível. “Para tais situações, é necessária, em caráter preventivo, a imposição de multa de valor fixo, que incidirá somente uma vez, se e quando houver a violação”⁸⁴. A aplicação da multa com valor fixo pode encontrar justificação no parágrafo 5º do artigo 461 que abre a possibilidade de se aplicar meios de coerção atípicos⁸⁵.

O valor da multa é estabelecido na medida da possibilidade de que ela surta seus efeitos, qual seja, de coagir o demandado a cumprir a obrigação voluntariamente. O resultado que representa o *quantum* final da multa pode ser obtido pela análise da capacidade econômica do devedor, benefícios e vantagens trazidos pelo inadimplemento ao devedor, mensuração de valores não patrimoniais envolvidos etc., objetivando, sempre, que influa concretamente no comportamento do demandado. Como não possui caráter indenizatório, o valor da multa pode ultrapassar o montante da própria obrigação. O parágrafo 2º do artigo 461 acaba com qualquer dúvida acerca da diferente natureza do crédito resultante da multa e das perdas e danos.

A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato discricionário — ainda que se reconheça a inexistência de critérios absolutos, prévios e abstratos para sua definição. O julgador há de estabelecê-los levando em conta as duas balizas, “suficiência” e “compatibilidade”, e sempre com o preciso exame do caso concreto. Será revisável pelo grau de jurisdição superior a multa fixada em valor tanto “insuficiente” para induzir o réu quanto excessivo — caso em que será “incompatível” e ofensiva ao “princípio do menor sacrifício”⁸⁶.

⁸³ TALAMINI, p. 239.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 237.

⁸⁵ ZAVASCKI, p. 504.

⁸⁶ TALAMINI, p. 243.

Não se pode, de maneira alguma, afirmar que o valor da multa não tem qualquer parâmetro para sua definição. Deve-se respeitar, em primeiro lugar, o princípio constitucional da proporcionalidade que traz à tona toda a questão da adequação do meio coercitivo e da exigibilidade, vista como necessidade, além dos próprios princípios que orientam o processo no que é pertinente, a fim de que exaúros injustificados sejam evitados⁸⁷. A análise do caso concreto é que vai demonstrar um possível excesso.

O próprio mecanismo coercitivo autoriza que o valor da multa possa ser alterado para mais, tornando-a mais idônea a atingir sua finalidade, ou para menos, quando parte do dever for cumprido por exemplo. São as circunstâncias concretas que vão exigir a alteração do valor da multa. O artigo 461 do CPC não contém manifestação a esses respeito. A alteração deve ser pautada sempre pelos parâmetros da suficiência e compatibilidade, vez que não está sujeita ao total arbítrio do juiz⁸⁸. A decisão originária poderá cominar a multa com um valor progressivo, na medida que persista o descumprimento.

Cumpra examinar o tema da não limitação da multa ao valor da obrigação tutelada, sob o ponto de vista de sua constitucionalidade e legalidade. No ângulo do obrigado, ele é livre para insistir no inadimplemento enquanto for possível o cumprimento específico e voluntário da obrigação, devendo, todavia, arcar com as consequências. “Daí que, sob esse enfoque, não há inconstitucionalidade no fato de, com a recalcitrância do réu, a multa vir a representar soma maior do que o conteúdo econômico do dever tutelado”⁸⁹. Para conservar a eficácia da multa como meio de coerção ela não poderia ser limitada ao valor da obrigação nem funcionar como ressarcimento pela violação, sob pena de infringir o dispositivo constitucional do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, qual seja da tutela adequada e efetiva. Também contraria o postulado da preferência pelo resultado específico do parágrafo primeiro do artigo 461, CPC.

⁸⁷ GUERRA, p. 176.

⁸⁸ TALAMINI, p. 244.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 259.

Sob a ótica do beneficiário da multa, esta poderá fazer com que ele receba valor maior do que a obrigação, podendo receber além da multa, o próprio cumprimento específico e a indenização por perdas e danos. Poder-se-ia cogitar, num primeiro momento, um enriquecimento sem causa. No tocante às obrigações de fazer ou não fazer infungíveis sem exata equivalência monetária, como por exemplo, ofensa a direitos personalíssimos, fica difícil demonstrar o enriquecimento sem causa, justamente porque os parâmetros para a comparação não são estanques, variando caso a caso. Quando se tratar de deveres de fazer fungível e infungível ou de não fazer com equivalente monetário preciso ou possível de ser avaliado, poder-se-ia falar em falta de causa. Contudo, o réu estaria, ainda, arcando as consequências de sua conduta livre e espontânea e se a multa fosse limitada ao valor da obrigação, retirar-lhe-ia seu poder intimidatório⁹⁰.

A última parte do parágrafo 4º do artigo 461 reza que o juiz deve estabelecer um prazo razoável para o cumprimento do preceito contido na ordem endereçada ao demandado. Não é possível estabelecer um parâmetro do que é um lapso de tempo razoável. Mais uma vez é o caso concreto que irá encarregar-se de defini-lo.

O termo inicial de incidência da multa é justamente o momento em que passa o prazo concedido para o cumprimento da ordem, sem que ela seja praticamente atendida. No caso de ordem para cumprimento imediato, é o momento da pronta desobediência, por óbvio. Se houver aumento no montante estipulado para a multa originariamente, este só incidirá a partir da comunicação ao demandado. Isso se deve ao fato de ser objetivo da multa a pressão moral sobre devedor que certamente não ocorrerá se ele não tiver ciência da majoração. Em contrapartida, a diminuição do valor da multa incide no momento da ocorrência dos fatos que a ensejaram⁹¹.

O termo final da multa é representado pelo cumprimento da ordem judicial. Se não for cumprida, a multa continua incidindo enquanto possível o cumprimento na prática do comando ou até que haja pedido do demandante de conversão em perdas e

⁹⁰ TALAMINI, p. 260.

⁹¹ *Ibid.*, p. 248-249.

danos. Tornando-se impossível a tutela específica, o juiz de ofício fará cessar a multa, sem, no entanto, deixar de observar o contraditório⁹².

Problema surge na hipótese em que o réu não cumpre a prestação, o resultado específico ainda é possível, não se obtém por meios sub-rogatórios e o autor não requer a conversão em perdas e danos. MARCELO LIMA GUERRA sugere que quando o demandado fica indiferente frente à incidência prolongada da multa, esta seria cessada por inadequação superveniente⁹³. Não pensa assim TALAMINI que conclui que por aquele raciocínio a multa seria inadequada desde a cominação, devido à intenção do devedor em não cumprir a ordem. Só a constatação seria superveniente. A inadequação superveniente só ocorreria com o concurso entre a resistência do demandado e um outro fator externo, como por exemplo a insolvência em decorrência da dívida resultante da multa⁹⁴.

Quanto à exigibilidade da multa, para que possa ser cobrada, duas soluções podem ser apresentadas. Na primeira, a multa só se torna exigível quando não puder mais ser revista pela instância superior, não sendo cabível, então, sua execução provisória. TEORI ZAVASCKI aponta que é da essência de qualquer execução provisória a possibilidade de reforma do título que lhe deu origem, acrescentando, que por esse raciocínio exposto na primeira solução, a execução provisória estaria banida do sistema⁹⁵. Para a segunda, a multa será exigível desde o momento que a decisão que a impôs não esteja mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Segundo TALAMINI, a segunda solução é mais compatível com o regime da tutela antecipada: “cabe reconhecer que, diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, o crédito da multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente ‘provisória’”⁹⁶. É também o entendimento de TEORI ZAVASCKI, em suas palavras:

(...) Partindo do pressuposto, que se tem por certo, de que o título executivo para a cobrança da multa é, essencialmente, a decisão que a impõe, há de se concluir que a correspondente

⁹² TALAMINI, p. 250.

⁹³ GUERRA, p. 190.

⁹⁴ TALAMINI, p. 251-252.

⁹⁵ ZAVASCKI, p. 508.

⁹⁶ TALAMINI, p. 254.

execução terá natureza definitiva ou provisória dependendo de estar ou não tal decisão submetida a recurso. Será definitiva a execução da multa (ainda que provisória a execução da obrigação principal), se a decisão tiver sido impugnada por recurso⁹⁷.

O parágrafo 2º do artigo 12 da lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) estabelece uma regra especial, qual seja: a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, sendo devida, no entanto, desde o dia em que estiver configurado o descumprimento. É uma regra especial expressa que parece não poder ser invocada em relação à tutela das obrigações de fazer e de não fazer, até porque, o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), aplicável a ação civil pública, não estabelece qualquer limitação em relação a exigibilidade da multa em seu artigo 84.

Verificado que o autor, seja por via recursal ou ação de impugnação, não tinha direito à tutela específica, o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu ficará sem efeito. Vale para a multa imposta em antecipação de tutela e para a estabelecida em sentença. “Não é viável opor contra essa conclusão o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz — e não diretamente o direito pretendido pelo autor —, de modo que, ainda que posteriormente se verificasse a falta de razão do autor, isso não se apagaria, no passado, o descumprimento, pelo réu, da ordem judicial que recebera” (grifo no original)⁹⁸.

Não gera complexidade que a cobrança do valor obtido com a imposição da multa deve seguir o procedimento de execução por quantia certa⁹⁹. Presente a exigibilidade da multa, sua execução parcial poderá ser desenvolvida, contribuindo, ainda mais, para coagir o obrigado a cumprir a decisão. “Tal execução, embora parcial, será definitiva, a menos que a decisão que comine a multa ou altere seu valor houver sido objeto de recurso recebido apenas no efeito devolutivo”¹⁰⁰.

Cabe analisar quem deve ser o beneficiário do crédito decorrente da cominação da multa. A lei nº 7.347/85 estabelece, em seu artigo 13, que se houver condenação em dinheiro, este será revertido para um fundo gerido por um Conselho

⁹⁷ ZAVASCKI, p. 509.

⁹⁸ TALAMINI, p. 255. Em sentido contrário ZAVASCKI, p. 509.

⁹⁹ Nesse sentido Marcelo Guerra e Eduardo Talamini.

¹⁰⁰ GUERRA, p. 212, entendimento esse ratificado por Teori Zavascki.

Federal ou por Conselhos Estaduais com a participação do Ministério Público. Já o artigo 213 da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece, claramente, que os valores das multas serão revertidos para um fundo gerido pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente do município. É possível, então, aduzir que nas ações coletivas que impuserem multa, esta será revertida para os respectivos fundos. A discussão surge quando vai se estabelecer o beneficiário da multa em processos de caráter individual.

O entendimento corrente é que a multa reverte em benefício do autor da demanda individual. O artigo 461 não tem regra a esse respeito. MARCELO LIMA GUERRA chama a atenção para a incoerência entre o caráter público da multa, que é técnica coercitiva sem cunho de indenização ou ressarcimento, cominável de ofício pelo juiz, e o fato do crédito proveniente da multa destinar-se ao autor e não ao Estado. Afirma que esse entendimento provém da forma de utilização da *astreinte* no direito francês, que serviu de base para o instituto brasileiro, mas que possui a natureza jurídica de pena privada, pois o crédito é revertido para o credor. Ao fim, sugere que, para adequar-se ao seu caráter publicista, a multa deve ser revertida ao Estado, atribuindo, contudo, *legitimatío ad causam* extraordinária ao credor da obrigação para promover a respectiva execução¹⁰¹. Já TALAMINI acredita que a circunstância de a parte e não o Estado (ou fundo público) ser a beneficiária da multa contribui para a eficiência da função coercitiva do mecanismo por dois motivos. O primeiro motivo é que a perspectiva que o crédito venha a ser rápida e rigorosamente executado pelo próprio interessado, que é o autor, faz com que a pressão sobre o devedor seja maior. O outro motivo é que o autor pode utilizar o crédito resultante da multa pode servir para eventual transação, em que o demandante pode abrir mão, total ou parcialmente, do crédito da multa, tendo como contrapartida o cumprimento do dever de fazer ou de não fazer pelo demandado¹⁰².

É entendimento corrente que a coisa julgada não é óbice à imposição da multa, que inexistia até o momento, nem à alteração do valor da multa anteriormente fixada.

¹⁰¹ GUERRA, p. 205-210.

¹⁰² TALAMINI, p. 259.

O fundamento dessa conclusão, segundo TALAMINI, seria que a imutabilidade da coisa julgada não recai sobre a multa, muito menos sobre seu valor, vez que a multa é elemento acessório que auxilia a efetivação do comando revestido pela coisa julgada. Esta abrange a pretensão que foi acolhida, ou seja, sobre a determinação de que se obtenha a tutela específica da prestação que não foi cumprida¹⁰³. MARCELO LIMA GUERRA apregoa que o valor da multa pode ser revisto, pois ocorrendo alterações na situação fática a que se referiu a decisão deixa de existir o óbice da coisa julgada, em virtude da cláusula *rebus sic standibus*, à qual estão sujeitas as decisões judiciais. Não há ofensa à coisa julgada, mas a aplicação daquela cláusula que reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Entretanto, não ocorrendo alteração na situação de fato, não pode o valor da multa ser alterado¹⁰⁴.

Pelas mesmas razões, não há exceção ao princípio da congruência entre a demanda e a sentença pela ausência da vinculação da multa ao pedido do autor, pois o autor pede a obtenção do resultado específico. Se for deferido, a definição dos meios hábeis a torná-lo realidade não se confunde com a pretensão formulada¹⁰⁵.

Por derradeiro, como toda decisão judicial em primeiro grau, a decisão do órgão judicial que impinge a multa, seja em decisão de antecipação de tutela, seja em sentença final, está sujeita à revisão pela instância superiora, submetendo-se, conforme o caso, às peculiaridades e regime jurídico da espécie de recurso utilizada.

¹⁰³ TALAMINI, p. 245.

¹⁰⁴ GUERRA, p. 196.

¹⁰⁵ TALAMINI., p. 246.

4 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA MULTA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É preciso, agora, analisar a possibilidade do órgão judiciário aplicar a multa, como forma de coerção utilizada pela técnica mandamental, para se efetivar ordem judicial dirigida à Administração Pública. Neste momento, serão problematizadas situações que surgirão no momento em que se lançar mão da multa, como a possibilidade de impô-la à pessoa física do agente público competente para atender a ordem judicial, a fim de dar mais força e efetividade ao meio coercitivo.

Além disso, será problematizada a possível interferência de um poder do Estado sobre outro, ou de um ente federativo sobre o outro, como por exemplo, nos casos em que a Justiça Federal, impõem multa à Administração Pública do Estado-membro ou do Município.

4.1 A IMPOSIÇÃO DA MULTA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Parte-se para a definição daquilo que será tomado como “Administração Pública” no desenvolvimento do trabalho.

Segundo ODÍLIA FERREIRA DA LUZ OLIVEIRA, “administrar significa gerir interesses ou negócios, para satisfazer necessidades individuais ou coletivas”¹⁰⁶. Paralelamente à gestão de interesses individuais ou coletivos puramente privados, existe a gestão de interesses públicos — a administração pública. “O Estado, no exercício de suas três funções, visa à satisfação dos interesses públicos, convertida em sua finalidade. Mas não o faz de forma indistinta, o que justifica a diferenciação”¹⁰⁷.

Três teorias buscam conceituar a Administração Pública: a orgânica ou subjetiva, a material ou objetiva e a formal. Em breves palavras, a primeira preocupa-se em definir quem desempenha a atividade administrativa. A Administração Pública

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 8.

¹⁰⁷ *Id.*

seria o conjunto de pessoas e órgãos que desempenham a atividade administrativa do Estado¹⁰⁸. Peca por estabelecer uma certa confusão quanto a inclusão ou não no conceito das funções administrativas, atípicas, exercidas pelo Poder Legislativo e Judiciário. Já a teoria formal apregoa que cada função do Estado é exercida por meio de procedimentos especiais, de que resultam atos com características próprias e determinado grau de eficácia. Sob o aspecto formal, a Administração Pública é a atividade do Estado realizada mediante atos administrativos, auto-executáveis, mas possuidores de eficácia inferior à lei formal e à sentença¹⁰⁹. Por último, a teoria material ou objetiva preocupa-se com a natureza da atividade. Administração Pública é aquela atividade destinada a satisfação de interesses coletivos¹¹⁰. Incorre num conceito vago, vez que as atividades podem se confundir entre as desenvolvidas dentro dos poderes do Estado.

Forma de agregar num conceito de Administração Pública, tanto a atividade administrativa exercida pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, é levar em conta a perspectiva abarcada pela teoria formal, a qual toma por base o regime jurídico ao qual a Administração Pública está sujeita e que será dado pela Constituição Federal. Administração Pública seria o conjunto de atividades do Estado exercitadas sob a lei formal e sujeitas a um controle jurisdicional de sua legitimidade.

Para efeitos de tentar manter uma maior concretude metodológica no trabalho, torna-se necessário delimitar um pouco mais o conceito logo acima proposto. Este deixará de lado a atividade administrativa exercida atipicamente pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário. Quando for mencionada Administração Pública, cingir-se-á ao conjunto de órgãos que desempenham tipicamente a atividade administrativa reservada ao Estado e compõem a estrutura do Poder Executivo, quer seja na Administração Pública denominada direta, quer seja indireta.

O Estado pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo ou poderá descentralizar tais atividades, prestando-as por intermédio de outros sujeitos. Nesta segunda hipótese pode transferir

¹⁰⁸ OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 9.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

a particulares o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, cria outras pessoas como entidades concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Quando as cria, poderá conferi-las personalidade de direito público ou de direito privado. Pelo contrário, quando o próprio Estado desempenha as atividades administrativas, estará mantendo-as centralizadas¹¹¹.

Tanto o Estado, quanto as outras pessoas de direito público que crie, pelos múltiplos cometimentos que lhes assistem, têm de repartir, no interior deles mesmos, os encargos de sua alçada entre diferentes unidades que representarão uma parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhe são afetos. Essas unidades são chamadas de órgãos e se constituem por um conjunto de competências¹¹². Órgãos são, então, “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”¹¹³.

Diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Descentralização não significa desconcentração. Esta refere-se a uma só pessoa e significa a distribuição interna de plexos de competências, agrupadas em unidades individualizadas¹¹⁴. Pode se dar em relação à matéria, grau hierárquico ou territorial.

Ao Estado que desenvolve por si mesmo, ainda que por intermédio de órgãos que representam a desconcentração, as atividades administrativas que lhe são constitucionalmente reservadas, atribui-se o nome de Administração Pública direta. Já quando o faz por intermédio de outras pessoas, seja de personalidade jurídica de direito público, como as autarquias; seja de direito privado, como as fundações públicas¹¹⁵, empresas públicas e sociedades de economia mista; essas compõem o que se denomina de Administração Pública indireta.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 105.

¹¹² *Ibid.*, p. 106.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 125.

¹¹⁵ CELSO ANTÔNIO, na obra citada, aponta, seguindo o disposto no Decreto-Lei 200/67 e Lei nº 9.649/98 que estruturam a organização administrativa da União, as autarquias como pessoas de direito público predispostas a executar atividades típicas da Administração Pública. Acredita ser errônea a não inclusão das fundações públicas entre as pessoas de direito público pela lei. Opinião contrária é expressada por PEDRO HENRIQUE XAVIER para quem, se fossem as fundações públicas pessoas jurídicas de direito público, seu regime jurídico em nada se diferenciariam das autarquias. Para as empresas públicas e sociedades de economia mista, afirma CELSO ANTÔNIO, foi consignada a

Como é possível notar, não é conveniente aqui analisar a delegação ao particular de atividades legadas pela Constituição Federal ao Estado em princípio.

A possibilidade de aplicação da multa como meio de coagir a Administração Pública a cumprir uma ordem judicial não é descartada pela doutrina do processo civil.

Da mesma forma que, segundo seus primeiros teóricos, as fronteiras da mandamentalidade limitavam-se às ordens dirigidas aos particulares e agora não se põe mais em discussão que os órgãos e servidores do Estado também podem ser destinatários da ordem sentencial¹¹⁶, não parece mais haver razão que impeça a multa de ser aplicada contra a Administração Pública. É a opinião de TALAMINI, segunda a qual “não há nada que obste a cominação da multa contra pessoas jurídicas de direito público”¹¹⁷.

Nesse mesmo sentido TEORI ZAVASCKI comenta:

Não há razão para excluir as pessoas de direito público desse meio coativo. Também elas, como os demais devedores, devem cumprir tempestivamente as obrigações de fazer e de não fazer assumidas em título extrajudicial ou impostas em sentença. Se a prestação for indevida, há meio adequados para impugná-la (recurso ou embargos à execução, conforme o caso). Porém, uma vez estabelecido que a obrigação é legítima e que deve ser cumprida, não mais se justificará a resistência. Caberá ao juiz impor a multa que será suportada pela instituição, sem prejuízo da ação regressiva contra o servidor ou a autoridade que resistir injustificadamente ao mandado judicial¹¹⁸.

O juiz pode, então, utilizar a multa como meio de coerção com o intuito de pressionar órgão da Administração Pública a cumprir uma ordem contida em decisão proferida pelo Judiciário, tornando-a efetiva na prática.

A Administração Pública, como observado na lição de TEORI ZAVASCKI, reserva-se o direito de regresso para cobrar do agente o valor decorrente da aplicação da multa pelo lapso de tempo em que perdurou o descumprimento sem justificativa.

exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa.

¹¹⁶ SILVA, p. 360.

¹¹⁷ TALAMINI, p. 241.

¹¹⁸ ZAVASCKI, p. 505.

Como será cobrado o crédito resultante da imposição da multa à Administração Pública direta, ou indireta com personalidade de direito público, é a primeira grande questão a ser suscitada.

A execução do crédito contra a Fazenda Pública, em regra, deve se submeter ao regime geral dos precatórios. Ora, sem dúvida alguma, se o crédito decorrente da aplicação da multa for cobrado dessa forma, restará mitigada a sua força como instrumento coercitivo.

Isso pois, não é novidade que a execução de dívida por intermédio dos precatórios pode ser protelada por um longo período de tempo. Assim, perde a multa sua capacidade de pressionar o destinatário da ordem, a fim de que a cumpra. Torna-se um instrumento inócuo, à medida que não representa mais um ameaça imediata, não podendo causar um prejuízo financeiro direto à Administração Pública a qual se dirige.

4.2 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Argumento contrário à aplicabilidade da multa frente à Administração Pública, em especial dirigida às pessoas de direito público, fundamenta-se na possível ingerência de um poder do Estado sobre outro.

Cumpra então, analisar a questão se verdadeiramente há ou não interferência de um poder constituído do Estado, a saber o Poder Judiciário, sobre outro, o Poder Executivo, quando há a imposição da multa como medida para coagir a Administração Pública a atender uma ordem judicial.

O eminente constitucionalista português MARCELO CAETANO afirma que o primeiro autor a formular a teoria da separação dos poderes do Estado nos tempos modernos foi o filósofo inglês JOHN LOCKE na obra “Two treatises of government”¹¹⁹. Para LOCKE, com a instituição do governo, quando os indivíduos deixam de serem regidos pela lei natural para formarem uma sociedade política, o poder legislativo fica sendo o poder supremo. Todavia, outros poderes devem existir

¹¹⁹ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. p. 232.

como seus delegados e a ele subordinado, a saber, o poder executivo que vela pela aplicação permanente das leis e o poder federativo que, independentemente de subordinação ao direito positivo, zela pela segurança dos interesses externos, se ocupa das alianças e dos tratados, decidindo sobre guerra e paz¹²⁰.

Estavam lançadas as bases teóricas que inspiraram MONTESQUIEU a escrever sua célebre obra “O Espírito das Leis”, difundindo a teoria da separação dos poderes pelo mundo afora. Apregoava MONTESQUIEU que no Estado existem três poderes, quais sejam, “o ‘poder legislativo’, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes ou ‘poder executivo do Estado’ e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil ou ‘poder judicial’” (grifo no original)¹²¹. Segue MONTESQUIEU afirmando que para existir liberdade política em um Estado é necessário que esses três poderes não estejam reunidos nas mesmas mãos e que se repartam por órgãos diferentes, de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação¹²².

A concepção de MONTESQUIEU acabou por influenciar a elaboração da Constituição americana da Filadélfia de 1787 em que se pode observar, com mais nitidez, o sistema dos “freios e contrapesos” (“checks and balances”) que JEFFERSON definiu como aquele em que “os poderes estão de tal forma repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos que nenhum pode ultrapassar os limites estabelecidos pela constituição sem ser eficazmente detido e contido pelos outros”¹²³.

Foi a Revolução Francesa, contudo, que transformou essa fórmula numa doutrina de exercício da soberania. “O conceito liberal de constituição política ficou assim reduzido essencialmente à garantia dos direitos individuais e à separação dos poderes do Estado”¹²⁴.

A lição do mestre lusitano esclarece que a intenção dos primeiros autores que versaram sobre o tema dos poderes do Estado era de encontrar uma fórmula prática de

¹²⁰ CAETANO, *loc. cit.*, p. 234.

¹²¹ *Ibid.*, p. 235.

¹²² *Ibid.*, p. 236.

¹²³ *Ibid.*, p. 237.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 238.

desconcentrar a autoridade, repartindo-a por vários órgãos de maneira a acautelar e proteger a liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente¹²⁵. É o sentido tradicional da expressão “separação dos Poderes”.

Assim, é tendência moderna que, ao se referir à divisão dos poderes do Estado, estar-se-ia referindo à divisão das funções do Estado que será delegada a um conjunto de órgãos. Assim a função legislativa, atribuída ao que se denomina Poder Legislativo, dirige-se à elaboração das leis; a função executiva, legada ao Poder Executivo, destina-se a executar e aplicar o contido na legislação, mas não só isso, visa resolver problemas concretos e individualizados, subdividindo-se em função de governo e administrativa¹²⁶; e, por último, a função judiciária, exercida tipicamente pelo Poder Judiciário, tem como objetivo solucionar conflitos de interesses.

É princípio insculpido na Constituição Brasileira que os poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si. O sistema de freios e contrapesos acaba por mitigar essa independência, que não pode ser considerada absoluta, na medida que visa uma colaboração entre um e outro poder e uma espécie de controle recíproco, a fim de que nenhum extrapole a autoridade que dispõem, como já visto.

No tocante ao argumento que tenta afastar a possibilidade do Poder Judiciário fazer incidir a multa, como meio de coerção, em face da Administração Pública alegando ser uma ingerência de um poder sobre o outro, vislumbra-se, pelo exposto, não ser tão sólido assim.

Não deixa de ser uma consequência da distinção e divisão das funções do Estado, o fato da Administração Pública submeter-se ao princípio da legalidade. JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que os órgãos denominados dependentes, cujo conjunto forma a Administração Pública, estão em plano hierárquico inferior aos órgãos supremos, que são os órgãos governamentais¹²⁷.

O simples fato de estar submetida ao princípio da legalidade já é um forte argumento para a aceitação da aplicabilidade da multa como instrumento com o fim de

¹²⁵ CAETANO, p. 243.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 112.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 111.

pressionar a Administração Pública a cumprir uma ordem emanada do órgão jurisdicional. Isso pois, a observação da legalidade impõe o dever de atender as ordens judiciais, sob pena de minar a própria legitimidade dos órgãos jurisdicionais.

TALAMINI, defendendo a possibilidade de utilizar a multa em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, aponta que a ideal observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a multa desnecessária. Isso porque, atender os provimentos judiciais é atender ao interesse público¹²⁸.

Já questão que necessita um pouco mais de cautela na análise surge quando a Justiça Federal impinge multa, como instrumento de coerção, em desfavor da Administração Pública do Estado-membro ou do Município. Arrola-se a possibilidade de que esta medida judicial seja incompatível com a autonomia gozada pelos entes que fazem parte da estrutura organizacional da Federação.

Como é sabido o Brasil tem a forma de um Estado federal. A forma do Estado brasileiro, como federação, é composta pela união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados ou Estados-membros¹²⁹.

É uma federação de Estados, sendo que somente estes podem ser chamados de entes federados. Já de entes federativos são chamadas todas as pessoas de direito público interno que integram a estrutura político-administrativa da Federação, como por exemplo, a União e os Municípios.

A autonomia é compreendida como “governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”¹³⁰. Autonomia notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas a competência do Estado-membro. Assenta-se em dois elementos básicos, a saber, existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas¹³¹.

Não parece mitigar a autonomia existente entre um ente federativo e outro, o fato da Justiça Federal, por exemplo, impingir a multa como instrumento de coação

¹²⁸ TALAMINI, p. 241.

¹²⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, p. 103.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 104.

¹³¹ *Id.*

patrimonial, a fim de que a Administração Pública do Estado-membro ou do Município atenda ordem judicial por ela proferida.

Essa afirmação pode ser sustentada pelas mesmas razões anteriormente expostas de que a Administração Pública, seja em nível federal, estadual ou municipal, está sujeita ao princípio da legalidade e atendimento ao interesse público que as obriga a observar os provimentos judiciais. De qualquer forma, é necessário levar em conta os argumentos contrários.

4.3 A POSSIBILIDADE DE IMPOR A MULTA AO AGENTE PÚBLICO

Como já assinalado, a multa pode perder sua força coercitiva no momento em que o crédito resultante de sua aplicação em desfavor dos entes de personalidade de direito público, que compõem a Administração Pública, só poderá ser executado por intermédio de precatórios, procedimento que pode se arrastar por anos. Isso, sem dúvida alguma, macula a eficiência da multa como meio de pressionar o destinatário da ordem a cumpri-la, porque afasta o prejuízo financeiro imediato e direto.

Uma alternativa para resgatar a eficácia da multa como instrumento coercitivo aplicável contra a Administração Pública seria dirigir sua incidência em desfavor da pessoa física do agente público competente para atendê-la. Todavia, esse é um procedimento, cuja utilização, além de pouco freqüente, encontra resistência entre a jurisprudência.

Para discutir essa possibilidade, é imprescindível explicitar, ao menos resumidamente, a Teoria do Órgão desenvolvida por OTTO GIERKE e sustentada por GEORG JELLINEK.

Em que pese serem realidade e não mera ficção, as pessoas jurídicas não tem vontade anímica própria, atuando no mundo fático e jurídico por meio das pessoas físicas. ODÍLIA arrola três teorias que procuram dar solução à indagação de que modo a vontade humana, posta a serviço da pessoa jurídica, desdobra-se em atos imputáveis a ela e não às próprias pessoas físicas.

A primeira teoria é a do mandato, para qual a pessoa física que atua em nome da pessoa jurídica é sua mandatária, estabelecendo-se uma relação de caráter contratual. “A crítica que se costuma fazer decorre da contradição inerente a esta teoria: se a designação do mandatário é, sem dúvida, um ato de vontade, como pode a pessoa jurídica fazer tal designação, se depende do mandatário exatamente para manifestar sua vontade?”¹³²

A teoria da representação atribui à lei a determinação de quem irá atuar em nome da pessoa jurídica. Padece sob a mesma crítica expressada anteriormente. A lei é ato de vontade do Estado o que implicaria uma declaração de vontade por parte de quem ainda não tem meios de manifestá-la¹³³.

Já a teoria do órgão de GIERKE apregoa que toda pessoa jurídica nasce da vontade humana e é criada juntamente com os instrumentos necessários para atuar no mundo fático e jurídico, ou seja, com seus órgãos, parte integrante de sua estrutura. O próprio ato constitutivo da pessoa jurídica contém as normas de organização e funcionamento, inclusive as que designam os órgãos e a forma pela qual seus titulares, pessoas naturais, manifestarão a vontade do novo ente¹³⁴.

Ensina ODÍLIA que “cada órgão é dotado de uma parcela de atribuições, de uma função, que constitui parte da atividade total da pessoa jurídica. Os atos dos órgãos são imputáveis a ela apenas quando expedidos pela forma e nas condições estabelecidas pelo ato constitutivo”¹³⁵.

Segue o mesmo entendimento CELSO ANTÔNIO que acrescenta que o órgão não é pessoa e conseqüentemente sujeito de direitos, excepcionalmente é admitida a capacidade de pleitear em juízo, defendendo o que se convencionou chamar de autonomia contra ofensa ou ameaça atribuída à pessoa jurídica em que está inserido¹³⁶. Sob o aspecto objetivo, órgão é um conjunto de atribuições e, portanto, sua noção liga-se à de competência.

¹³² OLIVEIRA, p. 48.

¹³³ *Ibid.*, p. 49.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ MELLO, p. 109.

Como visto, a vontade do agente público é imputada ao órgão do qual faz parte. Assim sendo, um primeiro juízo indicaria que a multa deve ser sempre impingida à pessoa jurídica a qual o agente está vinculado, descartando a possibilidade de aplicá-la à pessoa física do agente.

Lembra CELSO ANTÔNIO que “o poder, na competência, é a vicissitude de um dever”¹³⁷. Nem o Estado, nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação. Têm o dever de atender o interesse público.

Mais uma vez defende-se o argumento que os órgãos que compõem a Administração Pública devem observar o interesse público, submetendo-se ao princípio da legalidade, a ponto de tornar a multa desnecessária, pois, em teoria, as ordens que emanam legitimamente do Judiciário não teriam porque serem desatendidas. Como a prática revela situação oposta, há a necessidade de se instituir instrumentos capazes de efetivar os mandados judiciais.

Se o órgão não tem vontade própria, que é manifestada pela vontade do agente, seria mais eficaz que a multa, como instrumento de pressão psicológica, incidisse sobre a pessoa física do agente competente para atender a ordem jurisdicional e não o faz injustificadamente.

É o agente que cumprirá a ordem, manifestando sua vontade que será imputada ao órgão do qual faz parte, uma vez que este é inanimado. Só o agente pode efetivar praticamente a ordem, ainda que seu ato seja imputado ao órgão. Eis a razão que fundamenta que a pressão proporcionada pela multa deve dirigir-se àquele capaz de agir. O fato do órgão não ser passível de sofrer as consequências da pressão psicológica, pois não tem psique, pode servir de escudo para que o agente insista na recalcitrância.

A imposição da multa à pessoa física do agente público seria uma alternativa frente a mitigação de sua eficácia quando o crédito for cobrado pelo sistema de precatórios, pois a execução do crédito daí resultante seguiria a regra da execução contra particular.

¹³⁷ MELLO, p. 109.

Por fim, é necessário informar que em aresto recente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos de Mandado de Segurança nº 70.088-5 de Curitiba, o Desembargador Gil Trotta Telles decidiu, em 15 de outubro de 1999, impor a multa pelo descumprimento da segurança concedida à pessoa física do impetrado, o Governador do Estado Jaime Lerner.

É, sem dúvida, uma decisão paradigmática, de suma importância, que demonstra que o Judiciário já não descarta a possibilidade da multa ser aplicada à pessoa física do agente público, sem, contudo, desprezar os argumentos em contrário.

5 CONCLUSÃO

A efetividade da tutela dos direitos é tema que sempre despertará o interesse da doutrina do direito processual civil, pois tem íntima relação com a própria ontologia do processo. Não interessa só aos processualistas civis, a preocupação com a efetividade da tutela dos direitos é interdisciplinar, pois afeta outros ramos da ciência jurídica que buscam legitimar e justificar a existência do direito.

O problema da (in)efetividade do processo na tutela de direitos acompanhou todo o desenvolvimento da teorização do processo, desde a fase denominada sincrética, em que o processo confundia-se com o direito material, perpassando pela fase em que adquire autonomia e aperfeiçoamento científico-técnico, até, finalmente, chegar à perspectiva contemporânea, que vê o processo como uma ferramenta indissociável do direito material. Esta é a chamada fase da instrumentalidade do processo que têm o grande mérito de reaproximar o processo do direito material, sem é claro, relegá-lo importância de segunda ordem, o que acabou por maximizar a preocupação com sua efetividade.

A efetividade do processo na tutela de direitos impõe discussão acerca do acesso à justiça, dos princípios constitucionais que regem o processo, passando, também, pela extensão do direito de ação, constitucionalmente garantido. O processo deve ter a sua disposição todos instrumentos necessários para tornar útil, entendida como a possibilidade de ser tornada prática, a decisão judicial, procurando atribuir ao demandante o seu gozo específico com menor dispêndio de tempo.

O modelo que classifica as ações em condenatória, declaratória e constitutiva não estava acompanhando mais as necessidades do direito material, representando, em última análise, um entrave ao processo efetivo. Foram isoladas duas espécies de ações que não se enquadram na classificação trinária. Nestas ações a cognição e a execução estão misturadas, a ponto de merecerem a chancela de ações sincréticas. São elas: as ações mandamentais e executivas *lato sensu*.

As ações mandamentais estabelecem uma ordem cogente, um mandado, enquanto que, as ações executivas *lato sensu* dão uma espécie de autorização para que

o órgão jurisdicional execute a decisão. Para a execução, o juiz pode lançar mão de meios sub-rogatórios ou de meios coercitivos. Os primeiros compõem o que se denomina a execução direta, na qual o órgão jurisdicional sub-roga, substituiu a vontade do executado pela sua atuação, a fim de obter o resultado da execução. Já quando utiliza os meios de coerção, chamados de execução indireta, o juiz visa pressionar, por intermédio de uma ameaça de mal futuro, o demandado para que atenda os fins da execução. Por contar com a colaboração do requerido, a doutrina que compartilha do conceito de Liebman de execução forçada não considera a execução indireta por meios coercitivos como verdadeira execução. Todavia, o entendimento que a execução indireta é execução forçada tem crescido.

A ameaça dirigida ao demandado pode ser de ordem patrimonial ou pessoal. A multa é um exemplo de meio de coerção patrimonial. A prisão é uma forma de coerção pessoal que provoca um grande embate teórico-jurisprudencial, tendo em vista a vedação da prisão de natureza civil pela Constituição Federal de 1988. A inaplicabilidade da prisão ao devedor é resultado do sistema liberal calcado em relações privatistas propalado pela Revolução Francesa e que consagrou a máxima *nemo ad factum praecise cogi potest*, a qual prega que o devedor não pode responder com seu corpo pelas suas dívidas pecuniárias. Mais atualmente, questões humanitárias propagam a restrição da prisão civil somente ao devedor de alimentos. Quem defende a possibilidade de prisão no caso de descumprimento de ordem judicial, inspira-se no instituto do *contempt of Court* da *Common Law* que não tem natureza bem definida, não é civil nem criminal, com o objetivo de resguardar a autoridade do Judiciário.

A multa mostra-se como um instrumento coativo de grande valia para a tutela específica das decisões jurisdicionais, principalmente para tutelar deveres de fazer e de não fazer infungíveis. Foi inspirada no instituto francês das *astreintes*, tendo contudo, diferentes características. No direito francês, a multa tem caráter de pena privada, enquanto que no sistema pátrio a multa tem caráter público de coagir o demandado a atender ordem do juiz, podendo assim, ser cominada de ofício pelo juiz. Não se confunde com a indenização por perdas e danos, nem tem caráter ressarcitório, podendo até superar o valor da prestação que visa ver satisfeita.

É tendência moderna, pela preferência da obtenção da tutela específica, ampliar o campo de atuação da multa para dar efetividade às tutelas que objetivam entrega de coisa e, até, pagamento de soma em dinheiro.

Da mesma forma, avulta-se a necessidade de que a doutrina processual civil dirija seus esforços com o fim de proporcionar às decisões judiciais, que contém ordem dirigida a outrem, sua efetivação no campo prático, sob pena de mitigar a própria força da jurisdição.

Como não poderia deixar de ser, as ordens emanadas do órgão jurisdicional encontram resistência ao seu cumprimento quando dirigidas à Administração Pública. Não é mais questão que traga perplexidade a aplicabilidade da multa, como meio de coerção, dirigida à Administração Pública como forma de pressioná-la a atender a ordem proferida pelo Judiciário. Entretanto, as consequências e procedimento de sua utilização geram problemas a serem postos em discussão.

A primeira questão é a alegação acerca de possível ingerência de um poder do Estado sobre outro ou de um ente federativo sobre outro, rompendo com a autonomia federativa, no momento que se lança mão da multa como meio coativo. Ao que parece, não há ameaça à autonomia dos entes federativos quando um impinge ao outro a multa, pois de qualquer forma toda a estrutura da Administração Pública está sujeita à legalidade, a ponto de ser a multa desnecessária, frente a inexorável cumprimento das decisões judiciais. É com pesar que se verifica que a prática é outra. Pelas mesmas razões não parece haver ingerência de um poder sobre outro, vez que a divisão harmônica dos poderes impõe que estes impeçam um ao outro de extrapolar sua autoridade.

Outra questão a ser posta em discussão é a aplicabilidade da multa à pessoa física do agente público, a fim de tornar mais efetiva o poder coercitivo da multa. Também parece ser possível, ainda que a atuação do agente público seja imputada ao órgão, que é, todavia, inanimado. Decisão judicial paradigmática indica essa possibilidade.

Todavia, como em todo trabalho que tenha interesse em provocar o aperfeiçoamento científico, a discussão não se encerra aqui.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da “efetividade” do processo”. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.

CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo; Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento arts. 270 a 281.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

MELLO, CELSO ANTÔNIO Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, ODÍLIA Ferreira da Luz. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. v. 2.

_____. “Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer”. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de bibliotecas. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. pt. 6: referências.

_____. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. pt. 7: citações e notas de rodapé.

_____. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. pt. 8: redação e editoração.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba, 2000. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 8: do processo de execução arts. 566 a 645.